

论行政合同的价值冲突

梁建东

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 行政合同既是行政权力广泛干预经济社会的产物, 又是运用契约形式控制政府权力的手段。权力因素与契约精神的相悖形成了包括行政单向与双向合意之间、行政优先与契约平等之间、依法行政与意思自治之间、合行政目的性与利益交换原则之间的价值冲突。要调解价值冲突就必须加强法律控制, 强化程序规范, 加强制度创建, 适当扩展契约自由的空间, 平衡经济利益, 建立行政契约救济制度。

关键词: 行政合同; 行政权力; 契约精神; 价值冲突

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008—4533 (2003) 02—0045—04

On Value Conflict of Administrative Contract

LIANG Jian—dong

(College of Law, Xiamen Univ. Xiamen Fujian 361005 China)

Abstract: Administrative contract is not only the outcome of administrative power to interfere extensively economic and social affairs, but also a means to control government power by contractual form. The clashes of authority factors and contractual spirit result in a series of conflicts between administrative unilateralism and mutual acceptability, administrative priority and contractual equality, legal principle and meaning autonomy, following administrative goal and conforming principle of interest exchange. The ways to solve these conflicts are to strengthen legal control, intensify procedure's restraint, quicken system's building, expand properly space of contractual freedom, balance economic interest and establish system of administrative contractual relief.

Key words: administrative contract; administrative power; contractual spirit; value conflict.

基于现代国家职能与角色的转变(从干涉国家向给付国家)及公众对行政民主化的期望, 行政合同作为一种有效的管理国家事务的方式已成为现代公共行政的一个普遍的、日趋增长的现象。如在法国, 行政合同广

收稿日期: 2002—09—13

作者简介: 梁建东 (1971—), 男, 汉族, 湖南省涟源市人, 厦门大学政治学与行政学系硕士研究生。

泛应用于教育、科研、资源开发等方面。在我国,行政合同处于应用发展阶段,常见的行政合同主要有“国有土地有偿出让合同”、“粮食订购合同”、“公共工程合同”等。随着我国社会主义市场经济体制的确立,传统的政府职能和观念已经有很大的转变,在行政管理方式上,行政合同作为行之有效的方式,发挥着越来越大的作用。然而,行政合同作为行政性与合同性的对立统一体,存在其自身的价值冲突。

一、冲突的根源

行政合同作为公私法融合的产物,是游离于公法上行为(权力性行为)与普通契约之间的一种特殊形态。行政合同具有双重特性:一方面,它具有行政性,是一种行政行为,是行政权力干预经济社会的新形式;^[1]另一方面,它又是一种合同,具有合同之契约精神。行政合同的产生意味着政府行政权力的扩张,政府不仅充当“守夜人”的角色,而且通过行政合同将其权力扩大到环境、卫生等公共领域。同样,行政合同的产生也意味着行政管理方式的更新,传统的单向性的强制方式正为行政指导、行政合同等柔性管理方式所代替,契约精神正在逐渐引入行政管理过程。也就是说,行政合同既是政府用来加强经济干预的手段,又是公民运用契约精神对政府权力进行限制的方式,是权力因素与契约精神相结合的产物。在这里,权力因素是指作为签约人一方的行政机关不以通常的民事主体权力义务对等关系而存在,而是保持其原有公权力主体的身份,单方对合同行使公权力的强制性特权。^[2]而契约精神作为民事合同的精神实质,包括主体平等、选择自由、意思自治和双方合意等内容。很明显,契约精神和权力因素的内在悖性正是行政合同价值冲突的深刻根源。

二、冲突的表现

行政合同的价值冲突表现为四个方面:

1. 权力单向与双方合意的冲突。契约的本质是双方合意,即双方在平等的基础上协商一致并自愿达成协议。没有意思表示的合同或没有真实意思表示的合同是无法成立的,这种合意是双方的沟通过程。然而,在传统的行政法领域中,公法行为是行政机关单方意思表示的权力行为,政府与相对人之间是以使命和强制为特征的权力服从关系。行政权力是单向的,不能被用作交换,甚至不能被协商,更不用说达成双方合意。故行政权力的单向性与契约的合意性构成了行政合同的第一个价值冲突。

行政契约不同于民事契约,权力因素在一定程度上限制了自由合意的空间。在特定情况下,行政契约的内容有可能是由行政机关根据当前的行政任务和工作要求单方面制定的,没有与相对方协商的过程。故行政契约上的“合意”是在双方不对等基础上的有限的自由合意,行政主体往往凭借其优势地位,滥用行政特权,对相对人实行行政强制,导致行政合同异化为行政命令,相对人的自由意志受到了任意侵害。如何在不对等条件下保障相对人的自主选择权是行政合同发展面临的一个突出问题。

2. 行政优先与契约平等的冲突。这表现在以下三个方面:

(1) 行政主体对履行行政合同享有监督权与指挥权。例如,在法国公共承包合同中,“即使合同中没有规定,最高法院认为行政机关仍然具有这种权力。因为行政合同的履行必须符合公共利益,行政机关是公共利益的判断者,哪些履行方式最有利于公共利益的实现由行政机关决定。”^[3]

(2) 行政主体享有单方变更和解除合同的权力。行政主体签订行政合同的目的是执行公务,实现公共利益。当情况发生变化,所签订的行政合同已不符合公共利益时,行政机关必须根据情况的变化程度决定变更或解除合同。日本行政法学者南博方认为:“若契约的延续将严重危及公共利益时,则应给行政主体以单方解约权。”^[3]

(3) 行政主体享有制裁权。行政主体不仅是行政合同的一方当事人,同时也是行政合同的管理者。当相对人违反合同损害公共利益时,行政主体享有直接制裁的权力。例如,《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让条例》中规定:“土地使用者未按合同规定的期限和条件开发利用土地的,土地管理部门应当予以纠正,并根据情况给予警告、罚款,直到无偿收回土地使用权。”

因此,行政主体的行政优先是行政合同的本质特征,无论合同中对此有无规定均不影响行政主体的优益权的存在。当然,这种行政优益权也是必要的,是保障行政机关履行管理职责,实现公共利益的需要。然而,这种主体地位的不对等构成对相对人的正当权益的侵害,与契约的平等精神形成了冲突。在行政合同的缔约和履行过程中,行政主体与相对人的地位应该是平等的,双方必须遵循平等协商的原则,不允许有凌驾于另

一方的特权的存在。

3. 依法行政与意思自治的冲突。根据民法精神,合同应该是双方自由意志的选择,意思自治是双方合意产生的基础。只有双方具有选择的自主权,可以根据自己的实际情况自主决定是否缔约,才会有基于真实意思的自由合意。然而,行政机关只是公共利益的代理者,并无自主的选择权,在依法行政的理念下,行政机关对于行政权的行使要受到法律方面的约束,是不自由的,缺乏讨价还价的权利处分基础,因而也就不可能实质上享有契约自由。对于相对人来说,由于行政合同是作为推行行政政策以实现行政目的的手段,其缔结契约以及履行契约同样也要在法律的框架范围内。故对于双方当事人来说,行政契约中的契约自由的边际——由合行政目的性原则与依法行政理念划定的双方当事人的合意空间是有限的,^[4]根本不可能存在民法契约的“完全意思自治”。这样,公共行政的法律羁束与契约的自由意志就构成了基本的冲突。

然而,上述冲突并非绝对不可调和。在依法行政理念的支配下,契约自由在行政契约中的适用空间要受到一定的限制,但并没有从实质上被否认。实际上,私法契约也并非绝对自由,要受到法律的限制。随着政府由消极行政转向积极行政,传统的单纯强调约束行政权随意性的依法行政理念,也相应地向实现既约束行政随意性又维护行政权机动性的二者之间平衡的方向转化。在保障行政权机动性的口号下,政府可以直接根据组织法规定的权限主动追求行政目标的实现,甚至在有些情况下,法律还特别授予政府签订行政契约的权力,这些都扩大了行政契约自由的空间。^[6]对此我们可以从缔结契约和确定契约内容两个重要阶段上对契约自由进行分析:(1)在缔结契约自由方面,各国通例主张,凡法律不禁止,皆许可行政机关为达到行政目的,径行缔结行政契约。(2)在形成契约内容方面,行政机关在法律对合同条款的具体内容作了硬性规定的情况下,根据法律优位原则,只能执行法律而没有协商之余地。但对于法律未作规定的行政机关可以考量行政目的和政策实现之需要,且与其行政职责相符,与相对一方协商设定行政法上权利义务。^{[2](P24)}

总之,在现代行政法中,行政主体的契约自由空间已大大扩展,而且对相对人来说,在协议创设行政法权利义务过程中,相对人有不接受契约的自由或者对契约的内容有选择权,即使事实上出现相对人权益受到限制

的情形,也是相对人自愿选择接受这种限制。因此,在现代行政法中,法律羁束与契约自由的冲突已相对缓和,但如何实现约束行政随意性和行政权机动性的平衡仍是行政法面临的一个困境。

4. 合行政目的性原则与利益交换原则的冲突。行政契约的价值冲突是以双方的利益冲突为基础的。行政契约是一个充满交换与交易的结构,行政主体与相对人之间在协议的基础上不断进行博弈。而行政合同之所以能够在博弈过程中达成合意,当归因于行政合同博弈的物质基础:对于行政主体而言,行政合同博弈性的基础是以行政优惠换取“合意”的行政特权,以便实现行政目标;对于相对人来说,行政合同的博弈性在于以相对方自治权与自主权的部分让渡换取行政优惠,从而最终有利于私利增长。^[4]故行政合同设定的权利义务关系体现了公权力与私权力的交换,体现了公共利益与私人利益的等价交换。只有行政主体与相对方作出必要的让步,才有双方利益的互惠。然而,行政合同的博弈是在一种不对称(地位与信息)的情势下进行的,合同权利义务的配置是以特定行政目的的优先实现来考虑的(表现为行政机关具有监督权、单方变更权与解释权)。在情势变迁时,基于公共利益的考虑,行政机关拥有单方面变更或解除契约的权利。在实践中,行政主体往往借口实现公共利益的需要,而滥用行政特权,实现行政恣意,如任意变更、解除合同、滥用强制权、滥用监督权等,而这往往造成对相对人利益的损害。由于原有行政救济体系仅为解决权力支配关系的行政行为而设计,行政契约在其中无法寻找救济的可能,行政相对人的利益无法得到维护。当然,这种公共利益与私人利益的冲突也存在于相反的情况下,行政相对人为获得私利的增加,可能会以损害公共利益为手段,从而妨碍行政目标的实现。

三、冲突的调解

行政合同的价值冲突是权力因素与契约精神相悖的产物,是行政合同缔结和履行过程中固有的矛盾。虽然价值冲突的完全化解是不可能的,但达到冲突的一定的妥协与调和是完全可行的。

1. 加强法律控制。由于行政合同当事双方地位的不平等,为限制权力的滥用,防止行政侵权,加强法律控制是“有所作为”的必然选择。法律应该对采取行政合同的范围、缔结权、缔结程序与方式、履约责任、解除权的条件、补偿或赔偿等,作出明确的规定,以保证行政契

约过程规范有序。由于行政契约多以行政主体与相对一方地位的不对等为特征,以保障公共利益为优先考虑,故不宜将行政契约划入统一合同法调整的范围,而应该就行政契约制定专门的统一的法律规范予以调整。有两种可行方案供选择:一是在行政程序法中设定专章规范行政契约;二是制定专门的行政合同法。^{[2](P177)}

2. 强化程序控制。行政程序是抑制行政恣意和保证理性选择的理想工具。为了活化行政契约的运用,同时保障行政权机动性又不致失控,我们必须引入公正的行政程序来弥补实体立法的不足。程序控制应据合同双方不对等地位而行,赋予相对一方程序上权利(取得充分信息权、要求听证权、反论权等),课加行政机关程序上义务(说明理由、公开行政、回避等),使处于弱势的相对一方在进入协商与履行阶段后,其地位能够提升到与行政机关相互抗衡和讨价还价的状态,从而实现自由对话与交换意见,^{[5](P17)}排斥行政恣意,并维护相对人的正当程序。

3. 加强制度创建。制度创设是根本之策,必须确立以保证行政契约所预期的特定行政目的优先实现的实体权力义务的配置、有效的行政程序以及经济利益平衡原则等主体与内容的行政契约制度模式。具体的制度安排包括:(1)建立既保证特定行政目的优先实现又保证相对一方利益实现的权力义务配置制度。(2)建立以听政与协商制度为核心的交换与沟通机制,引入说明理由制度、公开制度、回避制度和教示制度。(3)建立以合同审计、行政监察为核心的归责机制和监督制度。(4)建立有效的行政合同救济制度。

4. 适当扩展行政契约自由空间。要调解法律羁束和契约自由的冲突,就必须在确保依法行政条件下努力扩展契约自由空间。为此,我们必须修改现行行政法规,以扩展政府活动领域,适当扩大其自由裁量权,增加行政机动性,授予其在某些领域中缔结契约的权力;通过建立有效的行政程序构建自由合意的空间。

5. 平衡经济利益。行政合同是以利益交换为纽带的,相对一方参加行政合同并非没有自身的利益要求,公共利益的实现不能以牺牲相对一方的经济利益为代价,否则行政合同将失去对相对一方的吸引力。因此,在保证公共利益优先满足的前提下,应对相对人因保证特定行政目的优先实现所作出的经济利益上的特别牺

牲进行必要的补偿,以维持行政契约中两种利益间的平衡。这包括:(1)为使相对人有效地履行合同,行政主体应该为相对人提供各种便利条件或政策上的优惠。例如,在我国的粮食订购合同中,行政主体应当为相对人提供平价化肥、柴油等生产资料。(2)相对人享有不可预见的物质困难补偿权。当相对人履行行政合同遇到不可预见的巨大物质困难,但尚不至于造成履行的不能,若相对人继续履行,又会遭受巨大的损失,那么,相对人有权要求行政主体给予适当的补偿。(3)相对人享请求权。当行政主体行使行政特权损害了相对人的利益时,相对人有权请求行政主体给予赔偿。若行政主体拒不赔偿,相对人可以请求上级行政机关复议或提起行政诉讼。

6. 加强行政契约救济。针对传统行政救济中行政契约救济的缺失,加强行政契约救济势在必行。这包括司法外救济和司法救济两个方面:(1)在司法外救济方面,由于我国现行的行政复议制度是仅针对相对人的单向性救济结构,根本不能满足行政契约纠纷解决的要求,因此,要在行政复议制度原有的单向性救济结构中建立专门解决行政契约纠纷的双向性救济结构,^{[5](P184)}形成以行政复议为主要救济方式,以行政仲裁为解决特定种类行政契约纠纷的司法外救济制度模式。(2)在司法救济方面,同样必须在原有单向性构造的行政诉讼制度框架中针对行政契约的特点建立专门适用于解决行政契约纠纷的双向性诉讼结构,确立专门解决行政契约纠纷的特别规则,包括允许行政机关起诉的条件、调解原则、举证责任、确认契约效力以及对违约责任处理的判决形式等。

参考文献:

- [1] 陈章干. 行政法学[M]. 福州: 福建人民出版社, 2001. 249 - 259.
- [2] 王海英. 由行政合同引出的思考——行政合同中的权力因素与契约精神的悖论[J]. 福建论坛, 2000, (6): 61- 63.
- [3] 黄茂生. 论行政合同的价值选择[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 1999, (4): 105- 107.
- [4] 程雁雷. 行政法的博弈分析: 以行政合同为例[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2000, (3).
- [5] 余凌云. 行政契约论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.

责任编辑: 林 夕